

DOCUMENTOS DE TRABAJO

3/2018

Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro

Directores

MANUEL LUCAS DURÁN
ÁLVARO DEL BLANCO GARCÍA

Coordinador

ANDRÉS GARCÍA MARTÍNEZ

Prólogo

ISAAC MERINO JARA

Raquel Álamo Cerrillo	José Miguel Martín Rodríguez
Elena Isabel Albaladejo Sobolewski	Luis Alfonso Martínez Giner
Marina Bisogno	Enrique de Miguel Canuto
Carmen Botella García-Lastra	Alberto Monreal Lasheras
Domingo Carbajo Vasco	Saturnina Moreno González
Antonio Cubero Truyo	Luis Miguel Muleiro Parada
Aliuska Duardo Sánchez	Soraya Rodríguez Losada
Jorge Alberto Ferreras Gutiérrez	Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo
Jesús Félix García de Pablos	Eduardo Sanz Gadea
Elizabeth Gil García	Susana Serrano-Gasteluurrutia
José Ángel Gómez Requena	María Teresa Soler Roch
Marta González Aparicio	Laura Soto Bernabeu
Juan Ignacio Gorospe Oviedo	Irene Suberbiola Garbizu
Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de	Félix Alberto Vega Borrego
L'Hotellerie-Fallois	Alfonso Viejo Madrazo
Álvaro de Juan Ledesma	David Vilches de Santos
	Alejandro Zubimendi Cavia



CAPÍTULO 21

LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS EN EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE COMO PUNTO DE CONEXIÓN: DEL ASUNTO “MCDONALD’S” A LAS PROPUESTAS DEL GRUPO “CÓDIGO DE CONDUCTA”

ELIZABETH GIL GARCÍA*

Universidad de Alicante

1. BREVE INTRODUCCIÓN

El establecimiento permanente (en adelante EP) como punto de conexión ha sido objeto del Plan de Acción de la OCDE *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante Plan BEPS), dadas las posibilidades de ser evadido artificialmente. Por su parte, el Grupo “Código de Conducta” ha elaborado, en su Informe de 13 de junio de 2016, unas directrices sobre el EP híbrido en relación con terceros Estados, dadas las discordancias que pueden surgir en torno a esta figura.

El Informe del Grupo “Código de Conducta” no se centra en la elusión artificial de la condición de EP a la que se refiere la Acción 7 del Plan BEPS; sino que, a partir de las directrices, busca corregir las discordancias acaecidas en torno a la figura del EP híbrido que, en definitiva, son generadoras de prácticas fiscales elusivas.

Por tanto, el presente trabajo abordará las directrices elaboradas por el Grupo “Código de Conducta” en relación a esta figura, y cuyo fin es el de evitar situaciones como las surgidas en el asunto *McDonald’s*.

2. EL STATUS DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE A LA LUZ DE LA ACCIÓN 7 DEL PLAN BEPS

Los Convenios de Doble Imposición (en adelante CDIs) prevén que los beneficios empresariales obtenidos por una entidad no residente sean objeto de gravamen en un Estado –el Estado de la fuente– sólo en la medida en que la entidad en cuestión tenga un EP en dicho Estado al que se le puedan atribuir los beneficios. El EP no es más que esa circunstancia o conjunto de circunstancias que revelan la existencia de una actividad esencial y estable en un Estado diferente del de residencia por parte de una determinada empresa. En consecuencia, el EP es el punto de conexión que va permitir atribuir y gravar los beneficios obtenidos por un no residente.

* Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante. Campus de San Vicente del Raspeig (Ap. 99 E-03080, Alicante). E-mail de contacto: elizabeth@ua.es. Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (DER2015-64816-P y DER2015-68072-P), así como en el marco del proyecto Prometeo 2016/053 de la Comunidad Valenciana.

La importancia de delimitar conceptualmente la condición de EP llevó a la OCDE a definirlo, en el art. 5 de su Modelo Convenio (en adelante MCOCDE) como:

“lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”

Junto a esta cláusula general, el MCOCDE incluye una lista ejemplificativa de lo que puede constituir un EP (v.gr. sucursal, sede de dirección, oficina o fábrica), así como una lista negativa – basada en la naturaleza auxiliar o preparatoria de la actividad económica llevada a cabo–. El otro gran eje sobre el que pivota el concepto de EP es la llamada cláusula de agencia:

“...actúe por cuenta de una empresa y ostente y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa”.

En septiembre de 2013, con el lanzamiento de su Plan de Acción, la OCDE se propuso introducir y desarrollar cambios en su definición para impedir la elusión artificial del estatuto de EP, centrándose, por un lado, en el uso de la figura del comisionista para sortear la cláusula del agente dependiente del art. 5.5 del MCOCDE y, por otro lado, en las fragmentaciones artificiales para beneficiarse de las excepciones de la condición de EP del art. 5.4 del MCOCDE.

Por un lado, los grupos empresariales se sirven de un complejo entramado social para la comercialización de bienes y prestación de servicios. De forma que la matriz del grupo puede comercializar sus productos en otro país a través de contratos negociados y celebrados por una filial residente en el país en cuestión. El problema aparece cuando, debido a la interpretación que en muchos países se hace de las normas sobre el estatuto de EP, se da cabida a situaciones en las que los beneficios que obtiene una entidad extranjera por la venta en otro Estado de sus bienes tributan en éste de forma diferente que si hubieran sido hechas por medio de un distribuidor. Esto ha llevado a que las empresas opten por sustituir los tradicionales contratos en los que una filial local actuaba como distribuidor por contratos de comisión, cuya consecuencia es que, sin haber habido un cambio sustancial en las funciones desempeñadas en el Estado de la fuente, se produce un traslado de las ganancias obtenidas en dicho Estado¹.

Ante este escenario, el Informe Final de la Acción 7 ha concluido que cuando las actividades que un intermediario realiza en un Estado están dirigidas de manera regular al cierre de contratos cuyo cumplimiento corresponde a una entidad extranjera, esa entidad debe considerarse que tiene una presencia a efectos fiscales en dicho Estado salvo que el intermediario realice esas actividades en el curso de una actividad económica independiente.

Por otro lado, las empresas multinacionales fraccionan de manera artificial sus operaciones entre las distintas entidades del grupo para tener la consideración de actividades auxiliares y preparatorias, cayendo, así, entre las excepciones a la condición de EP y, por ende, no tributando en

¹ Como ejemplos de estas reestructuraciones empresariales que implican una evasión artificial de la condición de EP, pueden verse los casos *Roche* (STS 12 enero 2012) y *Dell* (STS 20 junio 2016). En este sentido, *vid.* SOLER ROCH (2013) y GIL GARCÍA (2014).

el Estado de la fuente. Dado que, aunque una entidad no residente tenga una sucursal, oficina o representante en el Estado de la fuente, no habrá EP si las actividades económicas que realiza tienen naturaleza auxiliar o preparatoria. El Informe Final de la Acción 7 propone la introducción de una norma “anti-fragmentación”, añadiendo el apartado 4.1. al art. 5 del MCOCDE. Asimismo, a fin de evitar estas situaciones, plantea el uso del *principle purpose test* (PPT)², referenciado en el Informe Final de la Acción 6, para abordar las estrategias consistentes en el fraccionamiento de contratos entre empresas estrechamente vinculadas en el marco de obras o proyectos de construcción.

En general, el Informe Final de la Acción 7 no difiere del Informe preliminar. No obstante, hay ciertas matizaciones en lo que se refiere, sobre todo, a los arts. 5.5 y 5.6 del MCOCDE. El actual art. 5.5 del MCOCDE requiere que una persona (distinta de un agente independiente) que actúe por cuenta de una empresa extranjera tenga “*autoridad para concluir contratos en nombre de la empresa*” para dar lugar a la creación de un EP. El Informe Final de la Acción 7 se refiere, sin embargo, a personas que habitualmente concluyen contratos o que “habitualmente desempeñan el papel principal para lograr la conclusión de contratos que son concluidos rutinariamente sin una modificación material por parte de la empresa” mientras que en su versión preliminar se refería a “personas que habitualmente concluyen contratos o negocian los elementos materiales de contratos”.

También se han llevado a cabo modificaciones en la redacción propuesta para acotar la definición de agente independiente del art. 5.6 del MCOCDE, reemplazando el concepto de “partes relacionadas” por “empresas estrechamente vinculadas”. Con tal propósito, el Informe Final incluye aquellos casos en que una persona posee directa o indirectamente más del 50% de las participaciones en otra o, en el caso de entidades, más del 50% del voto agregado y del valor de las acciones o de las participaciones en el capital.

Ha de señalarse que, si bien el Informe Final de la Acción 7 fue presentado en octubre de 2015, algunas cuestiones quedaron pendientes y abiertas a debate. A título de ejemplo, en julio de 2016 la OCDE lanzó un documento a fin de establecer directrices adicionales en la atribución de los beneficios a los establecimientos permanentes³. Igualmente, cabe apuntar que si bien las modificaciones en el concepto de la cláusula EP pretenden evitar la elusión artificial de tal condición, pueden darse otros escenarios en las que, sin eludir artificiosamente la misma, se estén generando prácticas fiscales abusivas. Finalmente, cabe destacar que las medidas anti-BEPS recogidas en la Acción 7 han quedado plasmadas en los arts. 12, 13, 14 y 15 del Convenio Multi-

² El objetivo del *principle purpose test* es abordar el abuso de tratado previniendo que los contribuyentes puedan disfrutar de los beneficios del Tratado en casos de abuso de Derecho [OECD (2015): *Preventing the Granting...*, pág. 9]. Esta regla antiabuso puede cuestionarse a la luz del principio de la seguridad jurídica, puesto que no parece que sea suficiente clara, precisa o predecible para cumplir los requisitos del citado principio. En este sentido, *vid.* CUNHA (2016), págs. 187-189.

³ Véase OECD (2016).

lateral, publicado por la OCDE a finales de noviembre de 2016⁴. Ha de tenerse en cuenta que tales preceptos van a suponer cambios en los CDIs⁵.

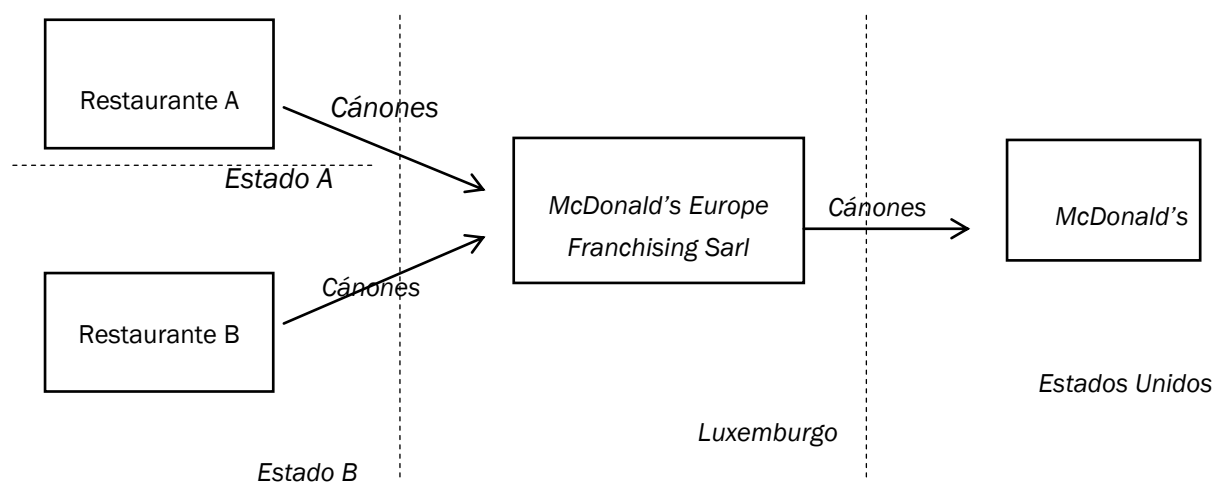
3. LAS DISPARIDADES EN LA FIGURA DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE HÍBRIDO EN RELACIÓN CON TERCEROS ESTADOS

En la presente sección se aborda la figura del EP híbrido cuyo tratamiento dispar entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente puede desembocar en situaciones de no imposición. Para ello, se analizará, en primer lugar, las cuestiones relativas al asunto *McDonald's* para pasar, a continuación, a analizar las propuestas del Grupo “Código de Conducta” que pretenden evitar esos escenarios de no tributación.

3.1. Punto de partida: asunto *McDonald's*

El grupo empresarial “*McDonald's*”, con sede en Estados Unidos, cuenta con una sucursal establecida en Luxemburgo: “*McDonald's Europe Franchising Sarl*”⁶. Se trata de una entidad *holding* que ostenta los derechos de propiedad industrial e intelectual de “*McDonald's*” en Europa. En efecto, los beneficios de esta sucursal tienen su origen en los cánones abonados por los restaurantes franquiciados en Europa y Rusia por el derecho a utilizar la marca “*McDonald's*” y otros servicios asociados.

Figura 1
Estructura McDonald's



⁴ OECD: Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting [disponible en: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (fecha consulta: 9 diciembre 2016)].

⁵ Puede verse, en este sentido, BRAVO (2016), págs. 291-292, 296-297 y 303.

⁶ En base a las noticias publicadas, a principios de diciembre de 2016, por distintos medios de comunicación, parece que el domicilio fiscal de esta sucursal será trasladado, con efectos del 1 de enero de 2017, al Reino Unido [puede consultarse, entre otros, el sitio web de la BBC: <http://www.bbc.com/news/business-38252802> (fecha consulta: 9 diciembre 2016)].

Como puede verse en la Figura 1, la sucursal *McDonald's Europe Franchising Sarl* establecida en Luxemburgo recibe, por un lado, los cánones por parte de los restaurantes situados en otros Estados del continente europeo (Restaurante A y Restaurante B) y, por otro, transfiere (internamente) los cánones a la entidad estadounidense, *McDonald's*⁷.

En marzo del año 2009, las autoridades tributarias de Luxemburgo, por medio de una resolución fiscal (o *tax ruling*), determinaron que *McDonald's Europe Franchising Sarl* no debía pagar el Impuesto sobre Sociedades (IS) en su territorio, en base a su sujeción a gravamen en los Estados Unidos conforme al CDI firmado entre Luxemburgo y Estados Unidos en 1996 (en adelante CDI Lux-EEUU)⁸. Tratándose de cánones, ha de acudir al art. 13 del CDI Lux-EEUU, el cual establece la sujeción a gravamen de los cánones en el Estado de residencia del beneficiario efectivo y añade que ello no será de aplicación:

“3. (...) si el beneficiario efectivo de los cánones, siendo residente en un Estado Contratante, lleva a cabo su actividad en otro Estado Contratante en el que los cánones son obtenidos a través de un establecimiento permanente ahí situado (...) En ese caso lo dispuesto en el Artículo 7 (Beneficios Empresariales) o el Artículo 15 (Servicios Personales Independientes), según el caso, deben aplicarse”⁹.

Por ende, en concreto, los preceptos del Convenio que han de tomarse en consideración en este asunto son el art. 5 (EP), el art. 7 (beneficios empresariales) y el art. 25.2 (eliminación de la doble imposición). El art. 5 del CDI Lux-EEUU define, en términos generales, EP de igual modo que el art. 5 MCOCDE. Por su parte, el art. 7 del CDI Lux-EEUU señala que:

“1. Los beneficios empresariales de una empresa de un Estado Contratante deben gravarse sólo en ese Estado salvo que la empresa lleve a cabo su actividad empresarial en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ahí situado. Si la empresa lleva a cabo la actividad mencionada, los beneficios empresariales de la empresa pueden ser gravados en el otro Estado pero sólo en la medida en que sean atribuibles a ese establecimiento permanente”.

El último de los preceptos (art. 25.2 del CDI Lux-EEUU) señala que en Luxemburgo la doble imposición debe eliminarse de la siguiente manera:

“a) cuando un residente en Luxemburgo obtenga rentas u ostente elementos patrimoniales que, de conformidad con los preceptos del Convenio, puedan ser gravados en los Estados Unidos, Luxemburgo debe (...) dejar exentas de tributación esas rentas o capital...”.

De forma que, basándose en el articulado del Convenio, las autoridades tributarias de Luxemburgo eximieron, en ese *tax ruling*, del pago del impuesto a *McDonald's*, pero estableciendo la obligación de demostrar anualmente que los cánones transferidos a los Estados Unidos se habían

⁷ A los efectos de nuestro trabajo, esto es, para referirnos a la problemática de la figura del EP híbrido, la Figura 1 se ha elaborado de manera más simple que la estructura real con el fin de comentar el asunto *McDonald's*.

⁸ El CDI Luxemburgo-EEUU se encuentra disponible en:

https://es.scribd.com/document/73572950/DTC-agreement-between-Luxembourg-and-United-States#fullscreen&from_embed (fecha consulta: 18 septiembre 2016).

⁹ Las referencias a los preceptos del CDI Lux-EEUU son una traducción no oficial realizada por la autora.

declarado y quedaban gravados allí. La sucursal *McDonald's Europe Franchising Sarl* era considerada un EP bajo la normativa de Luxemburgo al realizar el suficiente número de actividades para entender una presencia estadounidense real. Al mismo tiempo, esa sucursal de *McDonald's* no constituía EP en virtud de la legislación de Estados Unidos debido a que, desde la perspectiva de las autoridades tributarias estadounidenses, dicha sucursal no desarrollaba una actividad empresarial o comercial suficiente en los Estados Unidos. En consecuencia, *McDonald's* no pudo demostrar que los beneficios habían sido objeto de imposición en los Estados Unidos. Tras aclarar esta cuestión e insistir en que Luxemburgo debía eximir de tributación a los beneficios no imponibles en los Estados Unidos, las autoridades luxemburguesas dictaron, en septiembre de 2009, un segundo *tax ruling* que confirmaba la exención tributaria, aunque los ingresos de la sucursal *McDonald's Europe Franchising Sarl* tampoco tributasen en los Estados Unidos.

En diciembre de 2015, la Comisión Europea notificó a Luxemburgo su decisión de incoar el procedimiento previsto en el art. 108.2 del TFUE en relación con el tratamiento fiscal concedido a *McDonald's* en Luxemburgo. En una primera aproximación, se ha determinado que, por medio de una resolución fiscal (o *tax ruling*), la citada entidad puede haber recibido un tratamiento favorable contrario a las normas sobre ayudas de Estado y, en consecuencia, incompatible con el mercado interior¹⁰.

Consideramos que en este asunto han de distinguirse dos cuestiones. Primero, la investigación que está llevando a cabo la Comisión por la posible vulneración de la prohibición de ayudas de Estado del art. 107 del TFUE en relación con los *tax rulings*. Este tipo de acuerdos *per se* no representan un problema bajo las normas de ayudas de Estado si simplemente confirman la adecuación con la normativa tributaria relevante. Sin embargo, cuando conceden una ventaja fiscal a determinadas empresas, de forma que reciban una ayuda, pueden llegar a distorsionar gravemente la competencia en el mercado interior y contravenir las normas sobre ayudas de Estado. En definitiva, es entendible la postura de la Comisión de situar este tipo de acuerdos individuales bajo el paraguas de la prohibición de ayudas de Estado a fin de garantizar la libre competencia en el mercado interior. No obstante, no ha de olvidarse que este tipo de acuerdos buscan dotar a las transacciones u operaciones de seguridad jurídica, la cual podría verse alterada ante este tipo de investigaciones.

Segundo, la situación de doble no imposición. Se ha entendido que la misma es generada por las discordancias entre las legislaciones luxemburguesa y estadounidense en cuanto a la existencia o reconocimiento de la condición de EP de la sucursal *McDonald's Europe Franchising Sarl*. No obstante, consideramos que la existencia de EP como punto de conexión que va permitir atribuir y gravar las rentas obtenidas por una entidad no residente, esto es, por *McDonald's*, deben basarse en el análisis de las disposiciones del CDI Lux-EEUU.

¹⁰ Vid. *Ayuda estatal SA. 38945 (2015/C) (ex 2015/NN)*, disponible en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0715\(06\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0715(06)&from=EN) (fecha consulta: 19 septiembre 2016).

Un *tax ruling* podrá ser considerado como una medida selectiva si resulta en un tratamiento desigual donde determinados sujetos o la producción de ciertos bienes se ven favorecidos en relación con otros y, en consecuencia, cabría hablar de una inadmisibles ayuda de Estado [LANG (2016), págs. 394-395].

En esa misma línea, como apunta HASLEHNER (2016), la Comisión no ha entrado a analizar el art. 5 del CDI Lux-EEUU, sino que, a partir de las explicaciones dadas por *McDonald's*, parece haber llegado a la conclusión de que la sucursal no constituye un EP a efectos fiscales en los Estados Unidos. Este mismo autor señala que simplemente por el hecho de que no exista EP a los efectos fiscales estadounidenses no significa que los Estados Unidos no vaya a considerar que existe un EP a los efectos del CDI Lux-EEUU¹¹.

El art. 25.2 del CDI Lux-EEUU con objeto de evitar la doble imposición ha establecido que Luxemburgo exima de tributación aquellas rentas que “pueden ser gravadas” (*may be taxed*) en los Estados Unidos. Ello no implica la exigencia de una imposición real, sino de un mero derecho a sujetar a gravamen en los Estados Unidos. En estos mismos términos, la Comisión reconoce que, siendo el objetivo de los CDIs evitar la doble imposición, ellos no obligan a los Estados contratantes a efectivamente imponer tributos (Ayuda estatal SA. 38945, §88).

La Comisión Europea aún no ha emitido su decisión final sobre este asunto, si bien, como hemos indicado, de manera preliminar ha determinado que esas resoluciones fiscales (o *tax rulings*) caen dentro de la prohibición de ayudas de Estado del art. 107 del TFUE. Por su parte, el U.S. *Treasury Department* está siguiendo este procedimiento y considerando las posibles implicaciones que la decisión pueda tener para los Estados Unidos¹².

No cabe duda de que el asunto *McDonald* genera una situación de doble no imposición, y que basándonos en la legislación nacional, pueden encontrarse disparidades en cuanto a la concepción de una determinada entidad como EP. Ahora bien, esa situación de no tributación viene “provocada” por el propio Convenio que, en su intento por evitar la doble imposición, no solamente la evita sino que logra el resultado contrario. En junio de 2016, el Ministerio de Finanzas de Luxemburgo ha presentado en sede parlamentaria un proyecto de ley para modificar el CDI Lux-EEUU¹³. Al mismo tiempo, el U.S. *Treasury Department* emitió un *statement* en relación con las negociaciones bilaterales entre los Estados Unidos y Luxemburgo¹⁴. Conforme a dicho *statement*,

¹¹ HASLEHNER (2016). [disponible online en: <http://kluwertaxblog.com/2016/06/22/the-mcdonalds-state-aid-case-the-eu-commission-interprets-a-tax-treaty/> (fecha consulta: 16 septiembre 2016)].

¹² En efecto, las autoridades tributarias de Estados Unidos han manifestado cierta preocupación ante las investigaciones sobre ayudas de Estado que está llevando la Comisión Europea respecto de los casos “*Apple*”, “*Starbucks*”, “*Fiat*”, y “*Amazon*”, y que podrían tener significativas consecuencias para los Estados Unidos, v.gr. pérdida de ingresos públicos y el incremento de obstáculos a las inversiones transfronterizas [Vid. *The European Commission's Recent State Aid Investigations of Transfer Pricing Rulings U.S. Department of the Treasury (White Paper, August 2016)*. Disponible en: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf> (fecha consulta: 18 septiembre 2016)].

¹³ Vid. Luxembourg; United States; OECD - Draft bill on assignation of specific taxation powers between Luxembourg and United States submitted to Luxembourg parliament (23 June 2016), News IBFD. También puede verse toda la información relative a este proyecto de ley en el sitio web del Ministerio de Finanzas de Luxemburgo: http://www.mf.public.lu/actualites/2016/06/fisc_usa_220616/index.html (fecha consulta: 17 septiembre 2016).

¹⁴ Bilateral Tax Treaty Negotiations between the United States and Luxembourg. Disponible online en: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Luxembourg-Statement-06222016.pdf> (fecha consulta: 12 septiembre 2016).

ambos Estados están negociando actualmente un protocolo que modificará una serie de disposiciones del Convenio que firmaron en 1996. En concreto,

“cuando una empresa de un Estado Contratante obtenga renta de otro Estado Contratante, y el primer Estado Contratante mencionado trate esa renta como beneficios atribuibles a un establecimiento permanente fuera de ese Estado Contratante, los beneficios de este Convenio no serán aplicables a esa renta si:

- a) la renta que es tratada como beneficios atribuibles al establecimiento permanente está sujeta a un tipo de gravamen total combinado en el primer Estado Contratante mencionado y en el Estado en el que el establecimiento permanente está situado es inferior al menor porcentaje entre (i) el 15% o (ii) el 60% del tipo nominal general aplicable en el primer Estado Contratante mencionado; o...”¹⁵.

Parece que el propósito de esta disposición es evitar situaciones de doble no imposición. En el caso objeto de análisis, la empresa situada en Estados Unidos (*primer Estado Contratante mencionado*) obtiene una renta de Luxemburgo (*otro Estado Contratante*), pero no está reconociendo la existencia de un EP. De forma que no parece que esta disposición fuese a superar la falta de imposición en el asunto *McDonald's*, dado que la renta que obtiene la empresa del primer Estado Contratante (Estado de residencia) no es tratada por éste como beneficios atribuibles a un EP. Por lo tanto, la doble no imposición persistiría.

3.2. Las propuestas del Grupo “Código de Conducta”, ¿punto de llegada?

En el marco de la lucha contra las prácticas de elusión fiscal, el Grupo “Código de Conducta” acordó, en julio de 2015, centrarse en los aspectos de entidades híbridas y EP híbridos en relación con terceros Estados. Un año después, en junio de 2016, las directrices y notas explicativas sobre las disparidades en la figura del EP híbrido en relación con terceros Estados han quedado aprobadas. Puede decirse que casos como el comentado en el epígrafe anterior, así como la falta de soluciones o la existencia de agujeros en el propio Convenio, han llevado al Grupo “Código de Conducta” a abordar este tema y tratar de aportar propuestas que aseguren la tributación de la renta en cuestión.

En estas directrices, en primer lugar, el Grupo “Código de Conducta” establece una serie de definiciones, destacando el concepto de EP híbrido, el cual se erige como piedra angular de las directrices. Ha de tenerse en cuenta que estas definiciones, y así lo señala el propio Grupo “Código de Conducta” en la nota explicativa que acompaña a las directrices, son a los meros efectos de éstas y su intención no es tener un significado mayor.

Como pre-condición para la existencia de un EP híbrido, es necesario que haya una empresa residente en un Estado que lleve a cabo una actividad económica o empresarial en otro Estado. Partiendo de esta premisa, el EP es tratado como un híbrido en dos situaciones. En primer lugar, cuando las actividades económicas de una empresa no están reconocidas por el Estado de la

¹⁵ Traducción no oficial realizada por la autora.

fuente como llevadas a cabo a través del EP, pero sí por el Estado de residencia de la entidad. En segundo lugar, cuando existiendo reconocimiento por parte del Estado de la fuente de la existencia del EP (en el caso analizado, Luxemburgo), no lo hay por parte del Estado de residencia de la empresa (en el asunto *McDonald's*, Estados Unidos).

Por lo tanto, en el primer tipo de EP híbrido, se trata de un tratamiento inconsistente de las actividades empresariales realizadas en un Estado por una entidad residente en otro. De modo que dichas actividades son reconocidas como llevadas a cabo por un EP únicamente en el Estado de residencia. En el segundo tipo de EP híbrido, la consecuencia del tratamiento inconsistente consiste en que las actividades empresariales son reconocidas como llevadas mediante un EP únicamente en el Estado de la fuente.

Estos dos escenarios revelan una situación dispar en tanto en cuanto el tratamiento tributario de los beneficios empresariales de las entidades resulte relevante. En esencia, esas disparidades en cuanto al EP híbrido entre un Estado miembro y un tercer Estado pueden conducir a situaciones de no tributación (*non-taxation without inclusion*) (como el asunto *McDonald's*) o dobles deducciones. Es decir, la situación dispar surge cuando el tratamiento inconsistente lleva a los resultados indeseados de doble no tributación o doble deducción.

Por lo que, en un segundo momento, el Grupo “Código de Conducta” determina las consecuencias tributarias de la situación dispar entre un Estado miembro y un tercer Estado en relación con un EP híbrido. Cabe destacar que el tratamiento dispar que pretende corregir y al que se refiere el Grupo es al surgido entre un Estado miembro y un tercer Estado, por lo que estas directrices no serían de aplicación cuando el Estado de la fuente y el Estado de residencia sean Estados miembros.

Figura 2

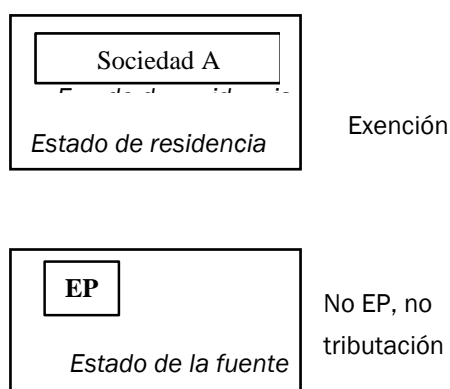
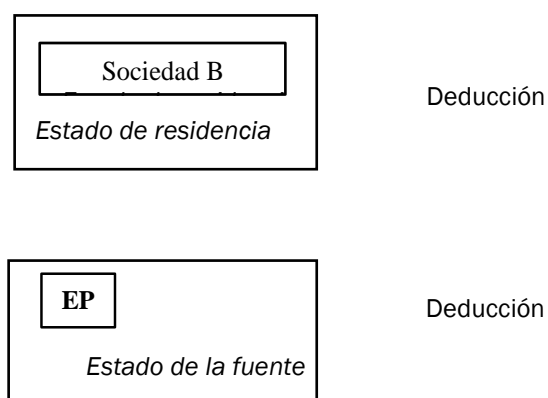
Doble no tributación

Figura 3

Doble deducción

En la Figura 2, se da una situación de doble no tributación dado que el Estado de residencia concede una exención por considerar que se trata de una renta atribuible al EP, mientras que el Estado de la fuente no sujeta a gravamen las rentas obtenidas por la entidad no residente (Sociedad A) puesto que no tienen la consideración de rentas obtenidas a través de un EP en su territorio. En efecto, la disparidad en cuanto al tratamiento del EP entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente resulta relevante a efectos tributarios, pues lleva aparejada la no tributa-

ción de esas rentas en ninguno de los dos Estados. En el primero quedan exentas por atribuir las al EP, y en el segundo la falta de reconocimiento de EP implica la ausencia del punto de conexión que permite atribuir y gravar las rentas obtenidas por una entidad no residente (Sociedad A). En consecuencia, el resultado de la Figura 2 se daría únicamente cuando el Estado de residencia de la empresa elimina la doble tributación de los beneficios empresariales llevados a cabo en otro Estado por el método de la exención.

Por su parte, en la Figura 3, nos encontramos ante una situación de doble deducción porque tanto el Estado de residencia como el Estado de la fuente conceden una deducción respecto del pago, gasto o pérdida atribuida al EP híbrido en la medida en que ese pago, gasto o pérdida es deducida de la renta que no es atribuida al EP híbrido. En este caso (a diferencia de la Figura 2), la situación de doble deducción surge cuando el Estado de residencia de la empresa elimina la doble imposición bien con el método de exención o bien con el método de imputación o deducción. Y ello es debido a que el Estado de residencia no reconoce la existencia del EP.

En el supuesto de que, en el marco de la planificación fiscal agresiva, se produjese más de una situación dispar, las directrices se aplicarían a cada una de las situaciones discordantes de manera separada.

Cuando el resultado de una situación dispar entre un Estado miembro y un tercer Estado, en relación con un EP híbrido, lleve a la doble no tributación (*Figura 2*), se propone, a fin de prevenir tal escenario, que cuando el tercer Estado trate una determinada actividad empresarial como si no hubiese sido desarrollada mediante un EP, el Estado miembro debe tratar esa actividad como si no hubiese sido llevada a cabo por un EP. En el caso de que el tercer Estado trate la actividad empresarial en cuestión como si se hubiese llevado a cabo a través de un EP, el Estado miembro debe tratar esa actividad como si se hubiese realizado por un EP. De este modo, supongamos que en la Figura 2, la Sociedad A es residente en un tercer Estado (Estado de residencia) que reconoce la existencia del EP, situado en un Estado miembro (Estado de la fuente). Siguiendo las directrices del Grupo “Código de Conducta” y con el objetivo de prevenir la doble no tributación, el Estado miembro debe tratar esa actividad empresarial como si hubiese sido obtenida mediante un EP. En consecuencia, las rentas del EP quedarían sujetas a gravamen en el Estado de la fuente, y seguiría siendo aplicable la exención tributaria a la Sociedad A por parte del Estado de residencia (o tercer Estado) por considerarse la renta atribuida a un EP.

En el asunto *McDonald's* nos encontramos, como hemos visto, ante la falta de reconocimiento por parte del tercer Estado (Estado de residencia), mientras que el Estado miembro, Luxemburgo (Estado de la fuente), sí que reconoce la existencia de un EP en su territorio y le aplica una exención a las rentas atribuibles a éste. En base a las directrices, como el tercer Estado trata la actividad empresarial realizada por la sucursal *McDonald's Europe Franchising Sarl* como si no hubiese sido desarrollada mediante un EP, el Estado miembro debe tratar esa actividad como si no hubiese sido llevada a cabo por un EP. Siendo así, parece que el alineamiento del tratamiento entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente evitaría la situación de doble no imposición. Es decir, la no consideración de la mencionada sucursal como EP implica la ausencia de punto de conexión que permita atribuir y gravar las rentas de una entidad no residente, por lo que

habría que estar a lo dispuesto en la legislación luxemburguesa para determinar la sujeción de tal sucursal al IS luxemburgués.

En los casos de doble deducción (Figura 3) provocados por una situación dispar entre un Estado miembro y un tercer Estado, en relación con un EP híbrido, con el propósito de evitar la doble deducción, si el tercer Estado trata la actividad empresarial en cuestión como si no hubiese sido realizada a través de un EP, el Estado miembro debe tratar esa actividad como si no hubiese sido desarrollada por un EP. O bien, si el tercer Estado trata la actividad empresarial en cuestión como si se hubiese llevado a cabo por medio de un EP, el Estado miembro debe tratar esa actividad como si hubiese sido realizada por un EP. En la Figura 3, la diferente consideración del Estado de residencia y del Estado de la fuente respecto a la existencia del EP implica la concesión de una deducción (u otra forma de beneficio fiscal) por parte de ambos Estados. Para lo cual, el Grupo “Código de Conducta” propone que el Estado miembro adopte la misma consideración que el tercer Estado respecto al reconocimiento o no de EP. Es decir, por ejemplo, si en la Figura 3, la Sociedad B es residente en un Estado miembro (Estado de residencia) que no reconoce la existencia del EP situado en un tercer Estado (Estado de la fuente). Si este tercer Estado reconoce la presencia del EP en su territorio, el Estado miembro debe tratar esa actividad empresarial como si hubiese sido realizada por un EP.

No obstante, podría darse el caso de que aun siguiendo estas directrices, la situación de doble deducción no desapareciese. Por ello, se propone que cuando el tercer Estado trate la actividad empresarial en cuestión como si hubiese sido desarrollada a través de un EP y la situación de doble deducción persista cuando el Estado miembro trate esas actividades empresariales como realizadas por un EP, el Estado miembro debe, entonces, eliminar la doble deducción denegando las deducciones a la empresa que lleva a cabo la actividad empresarial que origina esa situación dispar. Esto es, en el supuesto que hemos planteado, el Estado miembro debería denegar la deducción a la Sociedad B.

Señala el Grupo “Código de Conducta” que la actividad empresarial debe ser tratada como llevada a cabo a través de un EP o no, conforme a las directrices y de manera contraria al tratamiento que hubiese sido susceptible de aplicación, únicamente en la medida en que sea necesario para prevenir las situaciones de doble deducción (Figura 3) o doble no tributación (Figura 2), y no con otro objetivo.

Como se ha apuntado anteriormente, estas directrices están previstas para aquellos casos en los que el Estado de la fuente y el Estado de residencia no sean Estados miembros. No obstante ello, la nota explicativa que acompaña a las directrices señala que, en el supuesto de un EP híbrido intra-UE, la eliminación del tratamiento inconsistente debe pasar por un acuerdo entre los Estados miembros en cuestión de tratar la actividad empresarial como llevada a cabo a través de un EP o no. Por otro lado, añade que lo dispuesto en las directrices no debe interferir en el articulado del CDI suscrito entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente; y en el caso de que, como consecuencia de aplicarlas, se diese un resultado no en línea con lo establecido por el CDI, los Estados miembros implicados deben intentar solucionar tal cuestión de mutuo acuerdo.

4. REFLEXIÓN FINAL

Las directrices del Grupo “Código de Conducta” no se centran en la elusión artificial del EP como punto de conexión a la que se refiere el Informe Final de la Acción 7, sino que pretenden corregir las disparidades acaecidas alrededor de la figura del EP híbrido que, en definitiva, llevan también aparejada la elusión fiscal.

Estas directrices, como hemos visto, se han estructurado en tres partes. Una primera parte define una serie de términos (v.gr. EP híbrido, situación dispar, etc.). En un segundo momento, se procede al alineamiento del tratamiento dispar que de otra manera resultaría en situaciones de no tributación o de doble deducción y, en tercer y último lugar, asegura que ese alineamiento no sea usado para perseguir resultados no previstos.

La modificación que se pretende hacer del CDI Lux-EEUU en materia de EP pretende asegurar que existiendo punto de conexión que permita atribuir las rentas realizadas por el EP a la entidad no residente, las mismas resulten gravadas.

En el asunto *McDonald's*, la investigación por parte de la Comisión aún no ha concluido por lo que habrá que esperar al análisis completo. No obstante, parece que la tendencia de la Comisión va ser la de determinar la existencia de una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, consideramos que este asunto requiere de un análisis del Convenio, en concreto de si conforme a éste existe o no un EP en Luxemburgo que permita atribuir y gravar las rentas obtenidas por la entidad no residente (arts. 5 y 7 del CDI Lux-EEUU); pues, en una primera opinión, podríamos decir que la situación de doble no imposición se basa en una interpretación “superficial” que del CDI se ha hecho y apoyada por la no contemplación de determinados escenarios.

Bibliografía

- BRAVO, N. (2016): “The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties”, *World Tax Journal*, Vol. 8, nº 3.
- CUNHA, R. C. (2016): “BEPS Action 6: Uncertainty in the Principle Purpose Test Rule”, *Global Taxation*, 60, Vol. 1.
- EISENBEISS, J. (2016): “BEPS Action 7: Evaluation of the Agency Permanent Establishment”, *Intertax*, Vol. 44, nº 6/7.
- GIL GARCÍA, E. (2014): “La conveniencia de fijar una cláusula antiabuso en relación con el concepto de establecimiento permanente”, en: *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Tomo II, Lima.
- HASLEHNER, W. (2016): “The McDonald's State Aid Case – The EU Commission Interprets a Tax Treaty”, *Kluwer International Tax Blog*.
- HONGLER, P. y PISTONE, P. (2015): “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy”, *IBFD – Working Paper*.
- LANG, M. (2015): “Tax Rulings and State Aid Law”, *British Tax Review*, nº 3, 2015.

OECD (2015a): Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: Final Report, OECD Publishing, París.

OECD (2015b): *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*, Action 7: Final Report, OECD Publishing, París.

OECD (2016): *Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, BEPS Action 7, Public Discussion Draft, July – September 2016.

SOLER ROCH, M. T. (2013): “Spain: Permanent establishment – The concept of “fixed place of business” and the concept of “dependent agent””, *Tax Treaty Case Law around the Globe 2013*, LINDE VERLAG.